

CINCO CUESTIONES DIFERENTES Y UNA MISMA INSTITUCIÓN: ALGUNAS CLAVES EN TORNO AL FUTURO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Five different issues and the same institution: Thinking of the future of international commercial arbitration

Dr. Carlos Esplugues Mota

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Valencia (España)
<https://orcid.org/0000-0001-8568-5296>
carlos.esplugues@uv.es

Resumen

El arbitraje comercial internacional cuenta en la actualidad con una presencia y un grado de popularidad nunca antes conocido. Su éxito, sin embargo, no oculta las tensiones y cambios de calado que le acompañan en tiempos recientes y que inciden directa y en muchas ocasiones de forma negativa, en algunas de las virtudes más destacadas sobre las que se ha construido su vigorosa actualidad; modulando su futuro. El presente artículo aborda cinco ámbitos diversos de su fecunda actualidad, aportando algunas claves, necesariamente provisionales, sobre su futuro mediato.

Palabras clave: arbitraje comercial internacional; árbitro; eficiencia arbitral; desestimación temprana de la demanda; arbitraje comercial acelerado.

Abstract

International commercial arbitration has achieved a level of popularity and use never before known. Its current success, however, does not hide the tensions and changes of importance that accompany it nowadays. Many of them have a direct and, not always positive, effect on the institution, affecting some of the virtues on which its vigorous present time has been built and its future. This article deals with five different sectors of international commercial arbitration, providing some keys, necessarily provisional, about its immediate future.

Keywords: international commercial arbitration; arbitrator; efficiency in arbitration; early dismissal of the dispute; accelerated commercial arbitration.

Sumario

1. Una institución en continuo movimiento y (no siempre) con rumbo cierto. 2. La duración, coste y previsibilidad del proceso arbitral como problema estructural. . . que, además, va a más. 3. El reto del cambio digital. . . acelerado por el COVID-19. 4. La condición polimórfica –y hasta cierto punto contradictoria– del árbitro. 5. Sobre la naturaleza (quizás, no tan) final del laudo arbitral. 6. El triunfo de la economicidad: ¿la transformación del arbitraje en un instrumento financiero? 7. Un futuro por escribir. . . **Referencias bibliográficas.**

1. UNA INSTITUCIÓN EN CONTINUO MOVIMIENTO Y (NO SIEMPRE) CON RUMBO CIERTO

Hablar hoy de arbitraje comercial internacional es referir a una institución milenaria que nunca antes había gozado de tanta popularidad y éxito. Incluso una aproximación puramente tangencial a su realidad presente permite constatar la vastedad de su aceptación en el plano comparado, la ampliación constante del tipo y número de materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje en los distintos países, el incremento sostenido en el número de operadores económicos, de todo tipo y condición, que optan por remitir sus eventuales disputas al arbitraje, o la enorme ductilidad que muestran los legisladores nacionales e internacionales, y las instituciones arbitrales, a la hora de modular su regulación, buscando adaptarla a la cambiante realidad de la institución y del comercio internacional.

El éxito objetivo de la figura, empero, no oculta las tensiones y cambios de caldo que le acompañan en tiempos recientes, así como la existencia de una concienciación, en aumento, en torno a la pluralidad de problemas y cuestiones que caracterizan su presente, y que inciden directa y en muchas ocasiones de forma negativa, en algunas de las virtudes más destacadas sobre las que se ha construido su vigorosa actualidad; modulando su futuro. Múltiples son las alteraciones que está sufriendo el arbitraje comercial internacional en una pluralidad de ámbitos, y muchos, también, los síntomas de variaciones futuras que se avizoran. Y diversos, igualmente, resultan su origen y las causas que los motivan, o las eventuales soluciones articuladas para confrontarlos y encauzarlos, así como su grado de éxito. En todo caso, su misma presencia y la admisión de la inevitabilidad de próximas mudanzas marcan el estado actual de la institución y permite tanto

aventurar algunas de las claves de su mañana como hacer cábalas sobre el papel que esta desempeñará en el futuro mediato, como mecanismo de resolución de controversias comerciales internacionales.

Al ser muchos y variados los sectores susceptibles de ser explorados, en las próximas páginas nos vamos a focalizar en cinco de ellos, notablemente diversos entre sí.¹ Cuestiones con grados distintos de impacto, actualidad y potencialidad, que, sin embargo, coinciden en su conjunto en el hecho de permitir tomar el pulso a la institución. Nos fijaremos, así, en la amplia concienciación en torno a la necesidad de hacer frente a los incrementos en la duración, coste y previsibilidad del proceso arbitral y abordaremos, también, el impacto en el arbitraje de un cambio digital acrecentado por la pandemia de COVID-19, una cuestión independiente de la anterior, pero muy vinculada a ella. Igualmente incidiremos sobre el papel polimórfico, y cada vez más relevante del árbitro, o en el debate sobre la naturaleza –realmente– final del laudo, refiriendo por último a la potencial, y ya no tan irreal, transformación del arbitraje en un negocio que difumine su naturaleza de mecanismo de justicia. Problemáticas diferenciadas que comparten el hecho de que su análisis, necesariamente breve, permite mostrar algunas de las claves sobre las que se asienta la actual realidad arbitral y se aventura su futuro; resaltando, a la vez, el momento un tanto lúbil que este vive.

2. LA DURACIÓN, COSTE Y PREVISIBILIDAD DEL PROCESO ARBITRAL COMO PROBLEMA ESTRUCTURAL... QUE, ADEMÁS, VA A MÁS

Un primer dato que caracteriza al arbitraje comercial internacional en nuestros días se vincula a la constatación de la presencia de una traslación acelerada de ciertas actuaciones desarrolladas ante los tribunales estatales al ámbito arbitral; un movimiento que facilita la consolidación de una “arbitration-formality”;² en línea con el proceso desarrollado ante aquellos, y la conversión del arbitraje en un remedo de “new litigation”.³ La consecuencia de ello es un

¹ Un análisis de las claves actuales del arbitraje comercial internacional, específicamente en Iberoamérica, se puede encontrar en ESPLUGUES MOTA, C., “El arbitraje comercial en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones”, en C. Esplugues Mota (ed.), *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, p. 66 y ss.

² Se habla, así, de que el arbitraje “mimic court processes”, tal como señala el QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, p. 14.

³ STIPANOWICH, Th. J., “Arbitration: The ‘New Litigation’”, *University of Illinois Law Review*, No. 1, 2010, p. 1 y ss. Igualmente, NOLAN-HALEY, J., “Mediation: The ‘New Arbitration’”, *Harv. Negot. L.Rev.*, Vol. 17, 2012, pp. 66-73.

arbitraje más lento y costoso⁴ que, además, se va paulatinamente judicializando,⁵ favoreciendo una percepción de pérdida de previsibilidad y certeza en sus resultados, que lleva a algunos a hablar, incluso, de forma tan gráfica como dramática, del “suicidio” del arbitraje.⁶

Esta “americanización” de la institución, en palabras de SUSSMAN,⁷ se encuentra en la base de la exploración creciente que realizan los operadores económicos –y sus asesores jurídicos– de otras vías alternativas al arbitraje para la resolución de las disputas comerciales internacionales –la negociación y la mediación son dos de ellas⁸–, bien de forma complementaria o alternativa a aquel. De hecho, la ascendente percepción de que el recurso a este elenco de mecanismos, antes de referir la eventual disputa a arbitraje, facilita la posibilidad de alcanzar una solución más rápida y económica es, precisamente, uno de los argumentos que fundamentan este cambio.⁹

No se trata, además, de un debate teórico. Los datos corroboran esta metamorfosis. Así, por ejemplo, el informe que de forma periódica elabora el *Queen Mary College* junto con *White & Case* da muestra de esta evolución, constatando el aumento sostenido en el apoyo que recibe la opción favorable a combinar el arbitraje con otros medios MASC, como forma óptima para la solución

⁴ Interesante al respecto resulta KOVACS, B., “Efficiency in International Arbitration: An Economic Approach”, *Am. Rev. Int'l. Arb.*, Vol. 23, No. 1, 2012, p. 155 y ss. Nótese, igualmente, ESPLUGUES MOTA, C., “Quo Vadis Arbitratio?” en S. Barona Vilar (eda.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, pp. 412-416.

⁵ CNUDMI, Doc. A/CN.9/959, de 30.4.2018, *Posible labor futura. Propuesta de los gobiernos de España, Italia y Noruega: labor futura del Grupo de Trabajo II*, 51er periodo de sesiones Nueva York, 25.6 a 13.7.2018, paras. 5 y 6, pp. 2 y 3.

⁶ “If arbitration is to commit suicide, it will do so of its own choosing, because the parties have chosen to make it more expensive, time-consuming and more like litigation”. Vid. SEIDENBERG, S., “International Arbitration Loses Its Grip”, *ABA Journal*, 1.4.2010, disponible en <https://www.abajournal.com/magazine/article/international-arbitration-loses-its-grip/> [último acceso 11.12.2021].

⁷ SUSSMAN, E., “The New York Convention through a Mediation Prism”, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 15, No. 4, 2009, p. 10.

⁸ Vid. ESPLUGUES MOTA, C., “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato”, *REDI*, Vol. 72, No. 1, 2020, p. 54. Sobre la mediación y las ventajas que comporta resulta imprescindible la obra de BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, pp. 76-79. Sobre el papel de la mediación como alternativa al arbitraje comercial internacional, vid. PRIBETIC, A. I., “The ‘Third Option’: International Commercial Mediation”, *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 1, No. 4, 2007, pp. 576-578.

⁹ QUEEN MARY / WHITE & CASE, 2021 *International...*, cit., p. 6.

de las controversias comerciales internacionales. Se apunta, así, cómo esta fórmula ha ascendido 25 puntos en solo 6 años –del 34 % de 2015, al 49 % de 2018, hasta el 59% de 2021–. Un dato relevante que viene acompañado por otro que no lo es menos: la correlativa reducción –hasta el 31 % de los encuestados– de la opción favorable a la remisión en exclusiva al arbitraje.¹⁰

La trascendencia del problema ha llevado a que distintas instituciones internacionales –la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho comercial internacional (en adelante CNUDMI), por ejemplo–, así como un gran número de instituciones arbitrales, hayan tomado conciencia de la cuestión y hayan articulado un conjunto de respuestas que buscan ofrecer alternativas al incremento en la duración y costes del arbitraje.

En relación con la CNUDMI, los trabajos desarrollados durante estos últimos años en materia de arbitraje acelerado¹¹ han conducido a la aprobación de las Reglas de Arbitraje acelerado de la CNUDMI en 2021.¹² Por parte de las instituciones arbitrales se observa, a su vez, un incremento sostenido en la oferta de procesos arbitrales sumarios –denominados habitualmente como abreviados o acelerados–, que vienen, bien diseñados en relación con temáticas concretas –deporte¹³, nombres de dominio¹⁴ o construcción¹⁵– o cuentan con un carác-

¹⁰ *Ibidem*, p. 5.

¹¹ Al respecto *vid.* https://uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration. Sobre los trabajos realizados por la CNUDMI, nótese, ESPLUGUES MOTA, C., “Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje y el mantra de la celeridad”, *Revista Argentina de Arbitraje*, No. 5, 2020, p. 1 y ss.; o ESPLUGUES MOTA, C., “Cruzando el espejo arbitral: las propuestas de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y la búsqueda del ‘Triángulo Mágico’”, en S. Barona Vilar (eda.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*, p. 79 y ss.

¹² NACIONES UNIDAS - ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 54º periodo de sesiones (28 de junio a 16 de julio de 2021)*, Doc. A/76/17, septuagésimo sexto periodo de sesiones, Suplemento No. 17, pp. 38-39, nº. 189.

¹³ *Vid.* Código de arbitraje deportivo del Tribunal Arbitral du Sport, disponible en [https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo del TAS 2021 ESP .pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo_del_TAS_2021_ESP.pdf) [último acceso 5.12.2021], en vigor desde el 1.1.2021, que prevé en varias ocasiones, en el Reglamento de Procedimiento –R44.4 y R52– la posibilidad de que, con el consentimiento de las partes, se pueda recurrir a un procedimiento acelerado.

¹⁴ Considérese, Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI, en vigor desde el 1.7.2021, disponible en <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/expedited-rules/index.html> [último acceso 5.12.2021].

¹⁵ Nótese en tal sentido, *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, de 2000, Cap. VI, “Solución de controversias”, p. 194, disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/pfip-s.pdf> [último acceso 5.12.2021].

ter general. En todo caso, unos y otros coinciden en la forma diversa de su articulación.¹⁶ Así, en algunas ocasiones se opta por incorporar disposiciones aisladas sobre esta tipología de arbitrajes en los distintos reglamentos arbitrales.¹⁷ Mientras, en otros casos, la regulación de esta categoría de procesos arbitrales se articula a través de un anexo o parte específica dentro del reglamento arbitral,¹⁸ o se prefiere diseñar un juego separado de

¹⁶ Al respecto, *Responses to the UNCITRAL questionnaire on expedited arbitration*, disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/responses_to_questionnaire_30_january_2020.pdf [último acceso 6.12.2021] o INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA), *Overview of Selected Expedited Arbitration Provisions by the International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview_of_selected_expedited_arbitration_provisions.pdf [último acceso 6.12.2021]. Igualmente, CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución de controversias comerciales - Examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado - Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 69º periodo de sesiones, Nueva York, 4 a 8.2.2019, p. 3, nota a pie No. 9.

¹⁷ Así ocurre, por ejemplo, con los arts. 62 y 64 del Reglamento de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia (2021); el art. 45 de las Reglas de Arbitraje y Mediación (2021) del *Vienna Arbitration International Centre*; el Cap. VII del Reglamento de Arbitraje (2019) del *Russian Arbitration Center* (arts. 63 a 68); los arts. 9A y 9C del Reglamento de Arbitraje (2014) de la *London Court of International Arbitration* (LCIA); el Cap. 4 del Reglamento de Arbitraje (2015) de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) (arts. 56-64); la regla 5 del Reglamento de Arbitraje (2016) del *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC); la Sec. 6.2.1 del Reglamento de Arbitraje (2016) del *ADR Institute of Canada* (ADRIC); los arts. 34-36 del Reglamento de Arbitraje (2005) del *Arbitration and Dispute Resolution Institute of the Oslo Chamber of Commerce*; la Sec. 30 del Reglamento de Arbitraje (2020) de la *Arbitration Court attached to the Czech Chamber of Commerce and the Agricultural Chamber of the Czech Republic*; el art. 29 del Reglamento de Arbitraje (2020) del *Belgian Centre for Arbitration and Mediation* (CEPANI); el art. 52 del Reglamento de Arbitraje (2020) de la Corte de Arbitraje de Madrid; el art. 33 del Reglamento de Arbitraje (2017) del *Arbitrators and Mediators Institute of New Zealand* (AMINZ); el art. 42 del Reglamento de Arbitraje Institucional (2018) del *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC); el art. 42 del Reglamento de Arbitraje (2021) del *Swiss Chamber's Arbitration Institute* (SCAI) o el Capítulo VII (arts. 54-60) del Reglamento de Arbitraje (2019) de la *Beijing Arbitration Commission / Beijing International Arbitration Centre* (BAC/BIAC). Al respecto, nótese tanto respecto de esta nota como de las dos siguientes, el ya mencionado documento *Responses to the UNCITRAL questionnaire on expedited arbitration*, pp. 4-15.

¹⁸ Vid. en tal sentido, el Anexo D – “*The simplified arbitration procedure*” – del Reglamento de Arbitraje (2020) de la *Milán Chamber of Commerce*; el Anexo 4 del Reglamento de Arbitraje (2018) del *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS); el Cap. 6 de Reglamento de Arbitraje Internacional (2016) del *Korean Commercial Arbitration Board* (KCAB); el Anexo 1 del Reglamento de Arbitraje (2019) de la *Court of Arbitration attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry* o el Anexo III del Reglamento de Arbitraje (2016) del *Lagos Chamber of Commerce International Arbitration Center* (LACIAC).

normas.¹⁹ Existen, igualmente, reglamentos que conjugan normas en su seno, y un anexo en la materia²⁰.

Adicionalmente, a esta oferta de procesos arbitrales acelerados ciertas instituciones se han inclinado, en ocasiones, por la elaboración de algún “*arbitration toolbox*”²¹, o por la redacción de estudios tendentes a adaptar los procedimientos arbitrales a la específica tipología de casos, buscando maximizar la eficiencia del proceso arbitral.²² Lo que ha redundado en una aplicación más estricta de los reglamentos de arbitraje de las diversas instituciones arbitrales, con una especial atención a la apuntada eficiencia del proceso, y a la posible adaptación de este al caso concreto.

A pesar de su diversa articulación, el estudio de las distintas soluciones diseñadas por las instituciones arbitrales muestra una cierta simetría en las respuestas aportadas por ellas. Así, independientemente de la forma concreta en que

¹⁹ Por ejemplo, las *Rules for Expedited Arbitration* (2017) del *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (SCC); las *Fast Track Administered Arbitration Rules* (2020) del *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*; las *Cost Controlled Arbitration Rules* (2018) del *Chartered Institute of Arbitrators* (CI Arb); las *Fast Track Arbitration Rules* (2018) del *Asian International Arbitration Centre* (AIAC); el Reglamento de Arbitraje acelerado (2021) del *Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA); las *Expedited Arbitration Rules* (2017) de la *ADR Chambers*; las *Expedited Arbitration Rules* (2020) de la *Finland Chamber of Commerce*; el Reglamento de *Arbitragem Rápida* (2021) del *Centro de Arbitragem da ACL-CCIP* o las *Rules of Simplified Arbitration* (2013) del *Danish Institute of Arbitration*.

²⁰ Así, por ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje (2021) de la CCI, el art. 30 sobre Procedimiento abreviado, se acompaña de un Apéndice VI sobre Reglas de procedimiento abreviado.

²¹ “... intended to assist arbitration practitioners in the organization and conduct of arbitration proceeding”. Vid. *ASA Arbitration toolbox*, disponible en <https://toolbox-int.arbitration-ch.org/toolbox/framework> [último acceso 11.12.2021]. Considérese, igualmente, la *Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI*, elaborada por la CCI en 2019, disponible en: https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf [último acceso 11.12.2021].

²² Así, por ejemplo, son de destacar las Directrices de la CCI sobre *Conducción eficaz del Arbitraje. Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes*, disponible en <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-spanish-version.pdf> [último acceso 11.12.2021]. Así ha ocurrido en el seno de la CCI con la elaboración del Informe de la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional sobre *Control del tiempo y de los costos en el arbitraje. Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje*, disponible en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-spanish-version.pdf>, 2ª ed., 2018, último acceso 11.12.2021, o en el marco de la *London Court of International Arbitration*, de los estudios orientados a controlar el tiempo y los costos del arbitraje, disponible en <http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx> [último acceso 12.12.2021].

se articulan, todas ellas tienden a orquestar un elenco variados de medidas tendentes a reducir tiempo y costes, favoreciendo "i) el establecimiento de plazos estrictos para ambas partes para el nombramiento del tribunal arbitral o la presentación de escritos y para el tribunal arbitral, para dictar el laudo; y ii) la limitación de actos procesales, por ejemplo, la reducción del número de escritos y restricciones a las audiencias".²³

El objetivo final compartido es el logro de un grado elevado de "eficiencia" en el desarrollo del arbitraje²⁴ y, de esta forma, un mayor nivel de satisfacción de todos los involucrados.²⁵ Una tendencia necesaria, que, sin embargo, debe precisamente conjugarse con el imprescindible respeto de los derechos procesales de las partes y de sus expectativas jurídicas.²⁶ Como certeramente apunta BARONA VILAR, "Buscar la eficiencia del modelo de Justicia no es en absoluto negativo, si bien siempre que ello no comporte la pérdida de lo que la Justicia es, a saber, un valor. Perder el valor 'justicia' por esa conquista de la 'eficiencia' es lo que puede ser realmente preocupante".²⁷ Esta tensión entre búsqueda, necesaria, de la máxima eficiencia arbitral y preservación del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes va a ser, precisamente, una de las constantes que caracterizan al panorama arbitral actual, y que se significan tanto en esta como en alguna de las cuestiones abordadas seguidamente.

3. EL RETO DEL CAMBIO DIGITAL... ACELERADO POR EL COVID-19

La búsqueda de un arbitraje más eficiente se ha visto directamente afectada por la transformación digital, acentuada por el impacto brutal que está tenien-

²³ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución...*, cit., par. 6, p. 3.

²⁴ Sobre la exigencia de lograr la máxima eficiencia en el arbitraje, nótese, BORN, G. y K. BEALE, "Party Autonomy and Default Rules: Reframing the Debate Over Summary Disposition in International Arbitration", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 21, No. 2, 2010, pp. 20-21.

²⁵ En relación con el significado de "eficiencia" en el arbitraje, y sobre la necesidad de aceptar que su logro depende mayoritariamente del papel desempeñado por el árbitro, *vid.*, KIRBY, J., "Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It?", *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, No. 6, 2015, p. 693 y ss. En esta misma línea, *vid.* WERNER, J., "The Arbitrator as Master of Time", *J. World Inv. & Trade*, Vol. 12, No. 2, 2011, p. 299 y ss.

²⁶ Al respecto *vid.* entre otros, BARONA VILAR, S., *Nociones y principios...*, cit., pp. 29-31; BARONA VILAR, S., "Psicoanálisis de las ADR retos en la sociedad global del siglo XXI", *La Ley Mediación y Arbitraje*, No. 1, 2020, pp. 7, 8 y 9/22.

²⁷ BARONA VILAR, S., "Mutación de la justicia en el siglo XXI. Elementos para una mirada poliédrica de la tutela de la ciudadanía", en S. Barona Vilar (eda.), *Justicia poliédrica en período de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, p. 41.

do la pandemia del COVID-19 en todos los órdenes de la vida; un cambio que, de seguro, nos parecerá mínimo, una vez se haya manifestado en toda su trascendencia la revolucionaria dimensión que, para la justicia, y también para el arbitraje en su conjunto, generará el nuevo “ecosistema digital” anclado en la inteligencia artificial.²⁸

Tras las dudas y vacilaciones iniciales que conllevó la extensión del COVID-19, un número importante de instituciones arbitrales han dictado disposiciones tendentes a regular, entre otros extremos, la celebración a distancia de audiencias, dándose con ello un paso decisivo en la generalización de esta modalidad de celebración de los procesos arbitrales y con ello, en el logro de la máxima eficiencia arbitral; lográndose, por ende, el objetivo adicional –quizás no buscado, pero sí encontrado– de favorecer arbitrajes más verdes y sostenibles, una cuestión que va ganando presencia en la realidad arbitral.²⁹

La actuación de las diversas instituciones arbitrales ha sido, y está siendo, decisiva en este punto. Así, por ejemplo, la HKIAC intentó desde un primer momento asegurar la continuidad de sus servicios y de los procedimientos arbitrales ofreciendo, ya en mayo de 2020, las *HKIAC Guidelines for Virtual Hearings*,³⁰ que han permitido que 80 sobre 117 de las audiencias celebradas ese año fueran total o parcialmente en línea.³¹ A partir del principio claro de que la decisión final sobre la celebración –total o parcial– en línea de las audiencias es una cuestión dependiente, en última instancia, de las partes y el tribunal, las *Guidelines* recogen de forma minuciosa los pasos técnicos a dar para –y durante– la celebración de audiencias virtuales, y establecen los servicios ofrecidos por la HKIAC buscando asegurar al máximo, el éxito de estas y su confidencialidad.³²

²⁸ Al respecto *vid.* BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, pp. 344-424.

²⁹ *Vid.*, por ejemplo, <https://www.greenerarbitrations.com/> [último acceso 13.12.2021].

³⁰ Disponible en https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings_3.pdf [último acceso 11.12.2021].

³¹ *Vid.* *HKIAC 2020 Statistics*, disponible en <https://www.hkiac.org/about-us/statistics> [último acceso 12.12.2021].

³² *Vid.* <https://www.hkiac.org/our-services/facilities/virtual-hearings> [último acceso 11.12.2021]. Una primera aproximación a las *Guidelines* se puede encontrar en WONG, T. y Y. ZHAO, “Virtual Hearings: HKIAC Releases Guidelines to Encourage Embracing the New Normal”, disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=af6f7d6a-bbf2-4d78-bf16-a6a33c2f6934> [último acceso 11.12.2021].

Por su parte, también la CCI hizo pública, con fecha 9 de abril de 2020, unas Notas de Orientación de la CCI sobre Posibles medidas destinadas a mitigar los efectos de la pandemia del COVID-19.³³ En ellas se desarrollaban un conjunto de medidas dirigidas a reducir al máximo los efectos de una *“health catastrophe that is massively disrupting the global economy”*.³⁴ Se fijaban, así, reglas para incrementar la eficiencia del proceso arbitral, sobre el traslado y notificación de documentos y, también, sobre la organización de las audiencias virtuales.³⁵ Incluyéndose un Anexo I, que recoge el *“Checklist for a Protocol on Virtual Hearings”*, en el que se enumera un listado de extremos a verificar a la hora de desarrollar este tipo de audiencias,³⁶ así como un Anexo II, en el que se recogen diversas cláusulas sugeridas para los ciberprotocolos,³⁷ ahora individualizados³⁸ en la Sección VII(C) de la Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de fecha 1 de enero de 2021.³⁹

También la LCIA hizo públicas el 18 de marzo de 2020 un conjunto de medidas de precaución, tendentes a asegurar el funcionamiento de sus servicios y que, entre otras cuestiones, afectaban a los casos nuevos y pendientes, y a los laudos susceptibles de ser dictados en ese momento. Reflejo, no necesariamente directo, de la pandemia, pero –como reconoce la propia LCIA– favorecida por ella, el nuevo Reglamento de Arbitraje de la LCIA de 2020 aborda de forma explícita *“notably the increased use of virtual hearings and the primacy of electronic communication across the board”*.⁴⁰ De esta forma se generaliza en el Reglamento una referencia a la posibilidad de que los árbitros y las partes

³³ Disponible en <http://www.icc-chile.cl/index.php/2020/04/10/notas-de-orientacion-de-la-icc-sobre-posibles-medidas-dirigidas-a-mitigar-los-efectos-de-la-pandemia-de-covid-19/> [último acceso 13.12.2021].

³⁴ No. 1, p. 1.

³⁵ Punto III, p. 4, incidiéndose en las formas de dirigirlas (A, p. 4), en el “Cyber-Protocol” (B, p. 5) y en ciertos aspectos procedimentales (C, p. 5).

³⁶ *Checklist for a Protocol on Virtual Hearings*, p. 7.

³⁷ *Checklist for a Protocol on Virtual Hearings*, p. 9.

³⁸ <https://iccwbo.org/publication/icc-checklist-for-a-protocol-on-virtual-hearings-and-suggested-clauses-for-cyber-protocols-and-procedural-orders-dealing-with-the-organisation-of-virtual-hearings-spanish-version/> [último acceso 13.12.2021].

³⁹ Disponible en <https://iccwbo.org/publication/note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-the-arbitration-spanish-version/> [último acceso 12.12.2021].

⁴⁰ *Updates to the LCIA Arbitration Rules and the LCIA Mediation Rules (2020)*, disponible en <https://lcia.org/lcia-rules-update-2020.aspx> [último acceso 13.12.2021].

puedan contactarse entre sí “by a hearing in person or virtually by conference call, videoconference or using other communications technology or exchange of correspondence”,⁴¹ consolidándose, de esta suerte, la posibilidad de que las audiencias tengan lugar “in person, or virtually by conference call, videoconference or using other communications technology with participants in one or more geographical places (or in a combined form)”.⁴²

Un conjunto de cambios dirigidos a salvar una situación extrema que, significativamente, coadyuvan al logro de una mayor flexibilidad y eficiencia y, adicionalmente, son percibidos, aceptados y apoyados por los usuarios del arbitraje. El *SCC Virtual Hearing Survey*, de octubre de 2020, así lo refleja, apostándose por que, tras la pandemia, “arbitration practitioners will be used to virtual interaction, and users will have come to expect the time, cost and environmental savings of the new online format. The balance may then have tipped, making virtual hearings the default”.⁴³

Esta perdurabilidad de los cambios es igualmente sostenida por el Informe elaborado por el *Queen Mary College* junto con *White & Case*, en cuya edición de 2021 se destacan la utilización de las audiencias en línea –cuyo uso se ha incrementado de forma exponencial hasta el punto de que un 72% de los encuestados admiten haberlas usado– y la utilización de la tecnología en apoyo del arbitraje, como dos de los cambios que ha favorecido la pandemia de COVID-19 y que, previsiblemente, perdurarán una vez esta haya concluido.⁴⁴ El uso de la Inteligencia Artificial, otro de los temas que, como hemos ya señalado, de seguro va a marcar drásticamente el futuro del arbitraje,⁴⁵ y de la justicia en general⁴⁶, sin embargo “remains science fiction”.⁴⁷

⁴¹ Regla 14.3 LCIA Arbitration Rules (2020).

⁴² Regla 19.2 LCIA Arbitration Rules (2020).

⁴³ *SCC Virtual Hearing Survey October 2020*, p. 13, disponible en https://sccinstitute.com/media/1773182/scc-rapport_virtual_hearing-2.pdf [último acceso 13.12.2021].

⁴⁴ QUEEN MARY / WHITE & CASE, 2021 *International...*, cit., p. 12 y p. 20 y ss.

⁴⁵ Al respecto vid. ESIS VILLAROEEL, I. S., “La inteligencia artificial y el arbitraje comercial internacional: ¿complemento o sustitución?”, en M. Azuaje y P. Contreras (eds.), *Inteligencia artificial y derecho: desafíos y perspectivas*, p. 417 y ss.

⁴⁶ Sobre el impacto de la IA en el ámbito de la justicia, vid., por todos, BARONA VILAR, S., “Una justicia ‘digital’ y ‘algorítmica’ para una sociedad en estado de mudanza”, en S. Barona Vilar (eda.), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, pp. 30-37.

⁴⁷ QUEEN MARY / WHITE & CASE, 2021 *International...*, cit., p. 20.

4. LA CONDICIÓN POLIMÓRFICA –Y HASTA CIERTO PUNTO CONTRADICTORIA– DEL ÁRBITRO

Si relevantes resultan las cuestiones relativas al proceso arbitral y a su desarrollo, tan vinculadas al mantra de la eficiencia arbitral,⁴⁸ no menos lo son aquellas relativas a los sujetos que intervienen en el arbitraje. Son ellos los protagonistas principales de este, y su actuar incide directamente en el logro de la apuntada eficiencia arbitral; un objetivo, a la vez que un principio, dotado de múltiples aristas, conexiones y efectos.

Si bien las partes –diseñadoras, con la colaboración habitual de sus abogados y asesores, de las “*guerrilla tactics*”,⁴⁹ que se visibilizan de forma creciente en el proceso arbitral en nuestros días– cuentan con un papel preponderante en el arbitraje, al ser en ellas en las que, de forma directa y necesaria, descansa la institución; lo cierto es que también otros actores involucrados en la realidad arbitral ofrecen un interesante redimensionamiento de su papel en la actualidad; los árbitros resultan, en este sentido, y sin lugar a dudas, paradigmáticos.

El árbitro ha desempeñado, y desempeña, un papel de enorme relevancia en el arbitraje. Esta afirmación constituye un lugar común en la doctrina y en la práctica arbitral que, sin embargo, es susceptible de lecturas plurales. El incremento sostenido de los poderes que le son atribuidos, y que han casado, sin aparentes dificultades, con la condición de liderazgo con que cuentan las partes en el arbitraje, ha favorecido un incremento en la atención que se les presta. Y así, junto a la consolidación de una corriente de opinión inclinada a controlar el ejercicio que realizan de tales poderes,⁵⁰ velando por su desarrollo eficiente, responsable, y en tiempo,⁵¹ a través, por ejemplo, de la articulación de códigos éticos.⁵² O en relación con el incremento del debate sobre el

⁴⁸ BARONA VILAR, S., “Mutación de la justicia en el siglo XXI...”, *cit.*, p. 40.

⁴⁹ QUEEN MARY / WHITE & CASE, 2021 *International...*, *cit.*, p. 12.

⁵⁰ Nótese, QUEEN MARY / WHITE & CASE, 2015 *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, Londres, 2015, p. 37, disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/> [último acceso 8.12.2021].

⁵¹ Un dato este, cada vez más relevante. *Vid.* QUEEN MARY / WHITE & CASE, 2021 *International...*, *cit.*, p. 12.

⁵² Véase, por ejemplo, *SIAC Code of Ethics*, disponible en <https://www.siac.org.sg/our-rules/code-of-ethics-for-an-arbitrator> [último acceso 8.12.2021]; el *Code of Ethics de la Milan Chamber of Arbitration*, disponible en <https://www.camera-arbitrale.it/en/arbitration/arbitration-rules/code-of-ethics.php?id=104> [último acceso 8.12.2021] o el *Code of Ethical Conduct de la*

imprescindible favorecimiento de una mayor diversidad en cuanto a su origen cultural y geográfico, sexo o raza;⁵³ se arguye crecientemente en torno al potencial impacto que su actuar tiene en el incremento de costes y duración del arbitraje, vinculado, en muchas ocasiones, a la idea del “*due process paranoia*”.⁵⁴

Se dice así que el árbitro cuenta con sobrada capacidad, y poderes, para confrontar las potenciales actuaciones dilatorias de las partes, pero que se muestra reacio a ejercerlos⁵⁵ por miedo a violar el derecho al debido proceso de las partes, y a las consecuencias, plurales, que ello puede generar y generarles. La búsqueda de un necesario equilibrio entre la busca de la máxima eficiencia del proceso arbitral –manifestado, por ejemplo, en la reducción de tiempo y costes– y la imprescindible salvaguarda de los derechos procesales de las partes conduce a aquellos a evitar la adopción de ciertas medidas que, entre otras consecuencias, pueden acabar favoreciendo la anulación del laudo arbitral. El árbitro, operador jurídico, pero a la postre, también, no lo olvidemos, “*Homo Economicus*”⁵⁶ –al menos hasta que sea sustituido por un robot, una posibilidad no tan remota como parece⁵⁷, teme esta posibilidad y la evita. Y las partes parece que lo advierten.⁵⁸

Anclado, precisamente, en esta búsqueda de la máxima eficiencia arbitral, se asienta el debate en torno a la atribución al árbitro de la capacidad de desestimar de forma temprana la demanda planteada; una posibilidad recogida desde 2006, en relación específicamente con el arbitraje de inversiones, en la

HKIAC, disponible en <https://www.hkiac.org/arbitration/arbitrators/code-of-ethical-conduct> [último acceso 8.12.2021].

⁵³ QUEEN MARY / WHITE & CASE, 2021 *International...*, cit., pp. 15-19.

⁵⁴ Al respecto, por ejemplo, GERBAY, R., “Due Process Paranoia”, *Kluwer Arbitration Blog*, 6.6.2016, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/author/remy-gerbay/> [último acceso 10.12.2021]; KOPECKÝ, L. y V. PERNT, “A Bid for Strong Arbitrators”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15.4.2016, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/15/a-bid-for-strong-arbitrators/> [último acceso 10.12.2021].

⁵⁵ Vid. QUEEN MARY / WHITE & CASE, 2021 *International...*, cit., p. 12.

⁵⁶ SMYTH, R., “Do Judges Behave as Homo Economicus, and If So, Can We Measure Their Performance? An Antipodean Perspective on Tournament of Judges”, *Florida State UL Rev.*, Vol. 32, 2004-2005, p. 1301 y ss.

⁵⁷ Vid. BARONA VILAR, S., “Algoritmización de la justicia y robotización judicial”, en M. Azuaje y P. Contreras (eds.), *Inteligencia artificial...*, cit., p. 361 y ss.

⁵⁸ QUEEN MARY / WHITE & CASE, 2021 *International...*, cit., p. 12.

Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI,⁵⁹ y que ahora se busca exportar al ámbito del arbitraje comercial internacional. La cuestión se ha suscitado en el seno de la CNUDMI, y se encuentra igualmente presente en la agenda de distintas instituciones arbitrales en los últimos años.⁶⁰ Se trata, por un lado, de permitir a una parte, generalmente el demandado, presentar una excepción al tribunal arbitral, solicitando la desestimación temprana de la reclamación presentada. A la vez que, correlativamente, se dota a este del poder explícito de proceder a ello, en el caso de considerar que la demanda carece, de forma manifiesta, de fundamentación jurídica.⁶¹

La CNUDMI ha tratado la cuestión, sin alcanzar un compromiso al respecto, al compás de la elaboración del ya apuntado Reglamento de Arbitraje Acelerado de 2021. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo II tomaron como base la nota de la Secretaría de 16 de noviembre de 2018, sobre *Solución de controversias comerciales. Examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado*,⁶² en la que se avanzaban todo un conjunto de aspectos susceptibles de ser estudiados, con vistas a promover la eficiencia del arbitraje; intentando preservar a su vez la máxima calidad y el respeto a las garantías procesales y la equidad.⁶³ Entre ellas, se apuntaba la problemática de la “desestimación temprana de reclamaciones mediante procedimiento sumario”,⁶⁴ un instrumento “del que pueden servirse los tribunales arbitrales para desestimar las demandas y contestaciones infundadas”.⁶⁵ Desde el inicio de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo se manifestó profundamente dividido en torno a la eventual admisión en el

⁵⁹ Disponibles en <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/reglas-de-arbitraje-del-convenio> [último acceso 11.12.2021]. En relación con ella, nótese, ESPLUGUES MOTA, C., “¿Eficiencia v. Justicia en el plano arbitral: dilema ficticio o selección unidireccional? En torno a la figura de la desestimación temprana de la demanda”, en S. Barona Vilar (eda.), *Justicia poliédrica en período de mudanza...*, cit., p. 359 y ss.

⁶⁰ No deja de ser relevante, en cuanto a la presencia real de una necesidad sentida de su articulación normativa, que el mencionado informe de 2021 del *Queen Mary College y White & Case* en momento alguno haga referencia a ella (QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International...*, cit.).

⁶¹ DUONG, T. B. (D), “The Evolution of Summary Procedure in Investment Arbitration: Past, Present and Future”, *Arbitration International*, Vol. 37, 2021, p. 36.

⁶² CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución...*, cit.

⁶³ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución...*, cit., p. 4 y p. 7, nº. 22.

⁶⁴ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución...*, cit., p. 12, nº. 42.

⁶⁵ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.209, de 25.7.2019, *Solución de controversias comerciales - Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado - Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 70º periodo de sesiones, Viena, 23 a 27.9.2019, p. 16, nº. 74.

Reglamento de Arbitraje Acelerado;⁶⁶ rechazándose, finalmente, su inclusión,⁶⁷ y apostándose por proceder a su análisis en una etapa posterior.⁶⁸

No obstante lo anterior, y aun aceptando “los enfoques divergentes que existían en las distintas jurisdicciones y también en el contexto del arbitraje de inversiones”,⁶⁹ la Comisión, en su 54º periodo de sesiones, de junio-julio de 2021, solicitó al Grupo de Trabajo II que en su 74º periodo de sesiones, a celebrar en septiembre de 2021, procediera a examinar el tema de la desestimación temprana.⁷⁰ Se trataba de valorar la posible inclusión de una disposición al respecto, ya no en el Reglamento de Arbitraje Acelerado, sino en el Reglamento de Arbitraje. En tal sentido, la Secretaría preparó el Documento A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares – Nota de la Secretaría*, de 3 de agosto de 2021,⁷¹ en el que se recoge un borrador de disposición sobre “excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares”; una propuesta notablemente amplia en su ámbito de aplicación.

⁶⁶ Un análisis de las opiniones contradictorias manifestadas en relación con estas instituciones se encuentra en CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares - Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias), 74º periodo de sesiones, Viena, 27.9 a 1.10.2021, pp. 2-3, nº. 3.

⁶⁷ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto...*, *cit.*, p. 3, nº. 4.

⁶⁸ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.212, de 21.11.2019, *Solución...*, *cit.*, p. 25, nº. 111. Reproduciéndose el borrador de preceptos en las pp. 25-26, nº. 112. Esta apuesta por un eventual análisis posterior, se reitera en CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.214, de 23.7.2020, *Solución de controversias comerciales - Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado – Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 72º periodo de sesiones, Viena, 21 a 25.9.2020, p. 27, nº. 136, incorporándose el borrador de un precepto unificado, rubricado como “(Excepciones oponibles en cuanto al fundamento y resoluciones preliminares)”, en pp. 27-28, nº. 137. Este texto aparece, a su vez, reproducido en CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.216, de 13.1.2021, *Solución de controversias comerciales – Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado – Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 73º periodo de sesiones, Nueva York (en línea), 22 a 26.3.2021, pp. 30-31, nº. 76.

⁶⁹ NACIONES UNIDAS - ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión...*, Doc. A/76/17, *cit.*, p. 52, nº. 242.

⁷⁰ NACIONES UNIDAS - ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión...*, Doc. A/76/17, *cit.*, p. 45, nº. 214.b) ii) y CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto...*, *cit.*, p. 3, nº. 5 y 6.

⁷¹ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares – Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias), 74º periodo de sesiones, Viena, 27.9 a 1.10.2021.

Una vez más, el grupo de trabajo se ha mostrado profundamente dividido en relación con la posibilidad de incorporar una disposición que aborde esta figura en el Reglamento de Arbitraje. Y así, junto al eventual solapamiento con los trabajos realizados por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI en materia de arbitraje de inversiones,⁷² se han apuntado todo un conjunto de argumentos a favor y en contra de su incardinación;⁷³ haciéndose patente la imposibilidad de alcanzar un consenso sobre la necesidad de regular la cuestión, o la forma de hacerlo.⁷⁴ La apuntada tensión entre la búsqueda de la eficiencia arbitral y la salvaguarda de los derechos procesales de las partes, y de sus expectativas jurídicas, entre otras, ha estado presente desde el inicio en el debate, imposibilitando el acuerdo.⁷⁵

Por su parte, también las instituciones arbitrales han abordado de forma creciente la cuestión. Si bien hasta fechas recientes, la figura de la desestimación temprana de la demanda no ha encontrado acomodo en los Reglamentos de los centros arbitrales, limitándose estos a manifestar la obligación del tribunal arbitral de desarrollar el arbitraje de la forma más justa y eficiente posible para la satisfacción de las expectativas de las partes, evitando en todo momento retrasos y gastos innecesarios;⁷⁶ lo cierto es que la situación comienza a variar en los últimos tiempos. Como alternativa –o complemento– a los “fast-track procedures”⁷⁷ y a otras opciones como la bifurcación del proceso, algunas instituciones arbitrales de relevancia han ido optado por incorporar la figura de la desestimación temprana –“early dismissal”– en sus reglamentos; tanto en relación con el arbitraje en materia de inversiones como lo que resulta más trascendente, respecto del arbitraje comercial internacional.

La aceptación, sin embargo, no es ni amplia, ni unánime. De hecho, está sometida a todo tipo de controversias y tensiones. Además, el análisis del elenco

⁷² UNCITRAL, Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the work of its seventy-fourth session (Vienna, 27 September - 1 October 2021) (advance copy)*, Fifty-fifth session, New York, 27.6-15.7.2022, p. 8, n.º. 50.

⁷³ *Ibidem*, p. 9, n.º. 51.

⁷⁴ *Idem*, p. 13, n.º. 66.

⁷⁵ Nótese, ESPLUGUES MOTA, C., “¿Eficiencia v. Justicia en el plano arbitral...”, *cit.*, p. 372 y ss.

⁷⁶ *Vid.* en tal sentido, DUONG, T. B. (D), “The Evolution...”, *cit.*, p. 36, n.º. 2; SAN ROMAN GUIJARRO, L., “Summary Disposition: The Only Way Out is Through”, *University of Miami Law Review*, Vol. 66, No. 3, 2012, p. 884 y ss.; RAVIV, A., “No More Excuses: Toward a Workable System of Dispositive Motions in International Arbitration”, *Arb. Intl.*, Vol. 28, No. 3, 2012, p. 490.

⁷⁷ BLACKABY, N., C. PARTASIDES, A. REDFERN, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p. 220.

de soluciones articuladas por las diversas instituciones arbitrales refleja la pluralidad de enfoques existentes en cuanto a la filosofía, la forma o la amplitud de la aceptación de la figura. Se combinan, así, posiciones que se limitan a explicitar la capacidad que acompaña a los árbitros para proceder a la desestimación temprana de la demanda, con otras en las que este reconocimiento se desarrolla con más o menos nivel de articulación;⁷⁸ procediéndose, incluso, en ocasiones, tal como hace la CCI, a diseñar, sin más, un conjunto de directrices dirigidas a los árbitros en relación con la figura.

De esta suerte, si bien la mencionada Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI refiere exclusivamente a la demanda, y se hace dependiente de la voluntad de las partes, la Regla 29.1 de las *SIAC Arbitration Rules* (2016)⁷⁹ lo hace a la demanda y defensas. Y tanto los arts. 14.6(vi) 22.1 de las *LCIA Arbitration Rules* (2020)⁸⁰ como el art. 22.1.viii de las *DIFC-LCIA Arbitration Rules* (2021)⁸¹ atribuyen explícitamente este poder al tribunal arbitral, de oficio –algo peculiar de ambas– o a instancia de parte, en relación con “*any claim, defence, counterclaim, cross-claim, defence to counterclaim or defence to cross-claim*” formulada. A su vez, el art. 39.1 del Reglamento de Arbitraje (2017) de la SCC⁸² afirma la capacidad de cualquiera de las partes para solicitar al tribunal arbitral que decida una o más cuestiones de hecho, o de derecho, a través de un proceso sumario, sin necesidad de tramitar cada fase procesal, a la que de otro modo podría sujetarse el arbitraje. Y el art. 43 de las *HKAC Administered Arbitration Rules* (2018)⁸³ –intitulado “*Early Determination Procedure*”– explicita en su apartado 1 el poder del Tribunal –“*The arbitral tribunal shall have the power*”, dice– a solicitud de una parte, y tras consultar con el resto de las partes, a decidir uno o varias cuestiones de derecho, o de hecho, a través del “*Early Determination Procedure*”. Por su parte, la ya mencionada Nota a las partes y a los tribunales

⁷⁸ Una aproximación básica comparada se encuentra en, TEO, B. y E. LIM, “Summary Dismissal in Arbitration: Different Standards in Different Rules?”, *Drew & Napier Arbitration Update*, 15.7.2019, disponible en <https://www.drewnapier.com/publications/Summary-dismissal-in-arbitration-Different-standar>

⁷⁹ Disponible en <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016> [último acceso 12.1.2021].

⁸⁰ Disponible en https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx [último acceso 12.12.2021].

⁸¹ Disponible en <http://www.difc-lcia.org/arbitration-rules-2021.aspx> [último acceso 12.12.2021].

⁸² Disponible en https://sccinstitute.com/media/1407450/arbitrationrules_spanish_2020.pdf [último acceso 12.12.2021].

⁸³ Disponible en <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2018> [último acceso 12.12.2021].

sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de 1 de enero de 2021, se limita a hablar de “Decisión expedita de demandas o contestaciones manifiestamente injustificadas”.

De nuevo, la tensión entre la búsqueda de la máxima eficiencia arbitral y la salvaguarda de los derechos de las partes y de sus expectativas jurídicas subyace en el debate. La posible desestimación de la demanda en un proceso sumario, más o menos articulado, en los momentos iniciales del arbitraje, plantea graves dudas, tanto sobre la capacidad del árbitro de conocer en profundidad el fondo del litigio en un momento tan temprano –máxime en supuestos de arbitrajes complejos–, como sobre la posibilidad efectiva de las partes –a las que se les impide plantear su caso en su totalidad⁸⁴– de defenderse y ver plenamente respetado su derecho a la tutela judicial efectiva. Más allá de lo anterior, la eventual desestimación temprana de la demanda coloca a las partes que han pactado someter su disputa a arbitraje, en un limbo jurídico. La posibilidad de acudir a los tribunales estatales sigue cerrada por el convenio arbitral, y la posibilidad de iniciar un nuevo proceso arbitral queda severamente limitada, salvo que se alteren en profundidad las circunstancias que sirvieron de base a la demanda desestimada.

5. SOBRE LA NATURALEZA (QUIZÁS, NO TAN) FINAL DEL LAUDO ARBITRAL

Relacionado, en última instancia, con el objetivo de ofrecer a las partes un mecanismo de resolución de controversias que resulte rápido, accesible y previsible en el resultado, frente a unos tribunales estatales en muchas ocasiones colapsados, uno de los signos distintivos que han singularizado históricamente al arbitraje es su condición de instancia única: no cabe apelación sino, tan solo, y con base en unos motivos tasados y aproximados de forma restrictiva, el ejercicio de la acción de anulación.⁸⁵ Este dato, sin embargo, se encuentra sometido a un cierto grado de revisión; no solo al percibirse una corriente de simpatía por parte de algunos tribunales hacia una interpretación amplia de las causales de anulación,⁸⁶ o al corroborarse un incremento cierto en la cifra

⁸⁴ SAN ROMAN GUJJARRO, L., “Summary Disposition...”, *cit.*, pp. 882-883.

⁸⁵ Al respecto, BARONA VILAR, S., “Artículo 40. Acción de anulación del laudo”, en S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003 de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, p. 1632 y ss.

⁸⁶ Una tendencia perceptible en lugares variados. Así, sobre la situación existente en Ecuador, *vid.* LARREA, A., “To Annul or not to Annul: The Constitutional Court of Ecuador Finally Set

de acciones de anulación estimadas, incluso en jurisdicciones consideradas “amigables” al arbitraje: en Francia, por ejemplo, el número de acciones de anulación planteadas se ha duplicado, y una de cada cuatro ha sido estimada desde 2016;⁸⁷ si no, también, al admitirse algún tipo de control previo del laudo a dictar o, incluso, de conformación de una segunda instancia respecto del laudo dictado en algunas instituciones y normativas nacionales.

Así, por ejemplo, distintas normativas –iberoamericanas– recogen la posibilidad de controlar los laudos dictados por los árbitros a través de un recurso de apelación –art. 66-A de la Ley salvadoreña de mediación, conciliación y arbitraje⁸⁸–, o se procede a admitir la extensión al ámbito arbitral de vías extraordinarias, como la acción extraordinaria de protección recogida en el art. 94 de la Constitución ecuatoriana.⁸⁹

De hecho, como otra faceta distinta del específico debate anterior, pero radicalmente incardinado en este, algunas legislaciones reconocen el derecho de las partes a renunciar con carácter previo al arbitraje, o durante su desarrollo, a su derecho a ejercer la acción de anulación respecto del laudo arbitral que pueda eventualmente dictarse. Siguiendo con el panorama normativo iberoamericano, se constata la existencia de respuestas diversas, no siempre coincidentes. En el caso, por ejemplo, de Colombia, el apartado segundo del art. 107 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones,⁹⁰ vincula su

Clear Rules for the Annulment of an Arbitral Award”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15.2.2021, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/15/to-annul-or-not-to-annul-the-constitutional-court-of-ecuador-finally-set-clear-rules-for-the-annulment-of-an-arbitral-award/> [último acceso 1.12.2021].

⁸⁷ KÜHNER, D., “Annulment and enforcement of arbitral awards in France”, en *Annulment and enforcement of arbitral awards from a comparative law perspective: contributions from CEPANI40 colloquium held on October 18, 2018*, p. 36, nº. 14. Una percepción que se constata en otras jurisdicciones, por ejemplo, *vid.* TETLEY, A., “Judicial Control of Arbitral Awards in the United Kingdom”, en L. A. Di Matteo, M. Infantino y N.M-P. Potin (eds.), *The Cambridge Handbook of Judicial Control of Arbitral Awards*, p. 373 y ss.

⁸⁸ Disponible en http://www.mediacionyarbitraje.com.sv/pub/pdf/ley_de_mediacion_conciliacion_y_arbitraje.pdf [último acceso 6.12.2021].

⁸⁹ Disponible en <http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/indice.html> [último acceso 9.12.2021]. Un precepto que sirve de base, por ejemplo, para dictar la conocida sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador de 30 de septiembre de 2015, No. 325-15-SEP-CC en el caso No. 1139-13-EP, disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=325-15-SEP-CC> [último acceso 9.12.2021].

⁹⁰ Disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1683448> [último acceso 10.12.2021].

aceptación a la declaración expresa en este sentido en aquellos casos en que “ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia”. Mientras, en contraste con ello, el art. 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina⁹¹ anuncia la irrenunciabilidad “a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico”.

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su conocida sentencia de 1 de marzo de 2016, en el asunto *Tabbane v. Switzerland*,⁹² admite la no contrariedad de esta opción con el art. 6 –“Derecho a un proceso equitativo”– del Convenio europeo de Derechos Humanos de 1950.⁹³ El supuesto de hecho se encuentra relacionado con el art. 192.1 de la Ley de Derecho internacional privado suiza,⁹⁴ que, en línea con lo que hacen otras legislaciones europeas como la francesa –que lo admite sin limitaciones en el art. 1522.I CPC⁹⁵– o la sueca –cuya aceptación, condicionada, está en línea con la solución suiza, S. 51 LA⁹⁶–, y de manera coincidente con la posición mantenida por el legislador colombiano, reconoce la capacidad de las partes –si carecen de domicilio, residencia habitual o sede en Suiza– de renunciar, de forma expresa y de manera total o parcial, a las vías de revisión del laudo.

El Alto Tribunal entiende que la opción recogida en el art. 192 LDIP refleja “un choix de politique législative” del legislador suizo que busca aumentar el atractivo del país para el arbitraje comercial internacional.⁹⁷ Una posibilidad

⁹¹ Ley 26994, de 1.10.2014, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975> [último acceso 10.12.2021].

⁹² Appl. No. 41069/12, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-161870%22%7D> [último acceso 9.12.2021]. Al respecto, *vid.* KUNZ, C.A., “Waiver of Right to Challenge and International Arbitral Award is not incompatible with ECHR: *Tabbane v Switzerland*”, *European International Arbitration Review*, Vol. 5, No. 1, 2016, p. 125 y ss.

⁹³ Disponible en https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/dudh.html [último acceso 9.12.2021].

⁹⁴ Disponible en https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr [último acceso 6.12.2021].

⁹⁵ Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716> [último acceso 5.12.2021].

⁹⁶ Disponible en https://sccinstitute.se/media/1773096/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf [último acceso 5.12.2021].

⁹⁷ Sentencia *Tabbane v. Switzerland*, cdo. 33.

“proporcionada”⁹⁸ al logro de dicho objetivo “legítimo”,⁹⁹ y que, consecuentemente, no sería contrario al mencionado art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Enmarcada en este estado de cosas, la problemática de una segunda instancia arbitral encuentra –igualmente– acomodo en la realidad institucional del arbitraje, aportándose respuestas diversas en cuanto a su naturaleza y filosofía. Así, algunas instituciones aisladas optan por articular en su Reglamento una posible impugnación opcional, ante el mismo Centro, del laudo final recaído en el procedimiento; subordinándolo al hecho de que así lo admitieron las partes en el convenio arbitral, o en algún momento posterior. Así ocurre, por ejemplo, en el art. 56 del Reglamento de Arbitraje del CIAM,¹⁰⁰ que limita el fundamento de la impugnación a “una infracción manifiesta de las normas jurídicas sustantivas aplicables o en un error grosero en la apreciación de los hechos, siempre que una u otro hayan sido determinantes para el fallo”.¹⁰¹ La estimación de la acción permite al tribunal arbitral de impugnación “confirmar o modificar los términos del laudo, incluida su parte dispositiva”, así como la asignación de las costas.¹⁰²

Generalmente, sin embargo, la solución habitual tiende a estructurarse a través de la articulación de un examen previo del laudo por la institución arbitral, que puede proponer modificaciones formales o, incluso, “*respetando en todo caso la libertad de decisión de los árbitros, llamar su atención sobre aspectos relacionados con el fondo de la controversia, así como sobre la determinación y desglose de las costas*”,¹⁰³ afirmándose, como hacen los Reglamentos de Arbitraje de la SIAC –Regla 32.3– o de la CCI –art. 34–,¹⁰⁴ que “*Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte*”; una opción que, en algunos casos, como ocurre en el Reglamento de Arbitraje de la *Milan Chamber of Arbitration* –art. 34.1, que limita

⁹⁸ Sentencia *Tabbane v. Switzerland*, cdo. 34.

⁹⁹ Sentencia *Tabbane v. Switzerland*, cdo. 36.

¹⁰⁰ Disponible en <https://madridarb.com/> [último acceso 9.12.2021].

¹⁰¹ Art. 56.2 del Reglamento de Arbitraje de la CIAM.

¹⁰² Art. 56.7 del Reglamento de Arbitraje de la CIAM.

¹⁰³ Art. 50.3 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, disponible en https://www.camara.es/sites/default/files/generico/reglamento_y_estatutos_cea_esp_eng.pdf [último acceso 5.12.2021].

¹⁰⁴ Disponible en <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-spanish-version/> [último acceso 7.12.2021].

esta posibilidad, además, exclusivamente a la forma del laudo– es puramente voluntaria para los árbitros.¹⁰⁵

6. EL TRIUNFO DE LA ECONOMICIDAD: ¿LA TRANSFORMACIÓN DEL ARBITRAJE EN UN INSTRUMENTO FINANCIERO?

Todos estos movimientos de índole y efectos diversos, entre otros variados, que afectan a la institución arbitral, se acompañan de una alteración de especial trascendencia y alcance futuro, por cuanto interesa directamente a la naturaleza atribuida al arbitraje comercial internacional, en el marco de un cambio acelerado de la propia noción de justicia; que pasa a vincularse a la idea de “servicio” de justicia, un “producto” que en línea con lo que hemos apuntado con anterioridad en este mismo artículo, para que “sea bueno es absolutamente imprescindible que sea ‘eficiente’”.¹⁰⁶ Hablamos de la sostenida consolidación, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, del fenómeno del “third-party funding”.

Una figura, la de financiación por terceros, inicialmente vinculada al arbitraje de inversiones, ahora se extrapola al arbitraje comercial, y cuya generalización plantea todo tipo de problemas éticos y de gestión; y que, exacerbada, puede suponer la conversión de una realidad vinculada a la “búsqueda de acceso a la Justicia, de una manera de solventar conflictos, dado que el sistema estatalmente configurado no permitía este acceso a toda la ciudadanía”, tal como destaca BARONA VILAR,¹⁰⁷ en una “fórmula de negocio”:¹⁰⁸ en un auténtico instrumento financiero.

La figura del “third-party funding” refiere a aquellos supuestos en que un tercero no involucrado en el arbitraje financia a una de las partes –habitualmente el asesoramiento legal y los gastos generados en el arbitraje, e incluso las eventuales costas– a cambio de un retorno pactado con carácter previo. El financiador no es una parte en el arbitraje –de hecho, en muchas ocasiones

¹⁰⁵ Disponible en <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/ARBITRATION%20RULES%202020.pdf> [último acceso 10.12.2021].

¹⁰⁶ BARONA VILAR, S., “Mutación de la justicia en el siglo XXI...”, *cit.*, p. 40.

¹⁰⁷ BARONA VILAR, S., “La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿Más o menos protagonismo?”, en S. Barona Vilar (eda.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, p. 53.

¹⁰⁸ BARONA VILAR, S., “La mediación y su espacio...”, *cit.*, p. 55.

no es ni siquiera conocido¹⁰⁹– ni, generalmente, tiene interés en el contenido del arbitraje, “sino que invierte con la expectativa de lograr alguna ganancia al terminar” este.¹¹⁰ Según se ha ido generalizando la figura, se ha ido correlativamente ampliando el elenco de potenciales “financiadores”, involucrando a bancos, compañías de seguros, fondos de inversiones o incluso despachos de abogados.¹¹¹

Dejando de lado el debate sobre sus eventuales ventajas e inconvenientes¹¹² y sobre sus consecuencias plurales,¹¹³ la financiación por terceros plantea, entre otros problemas, cuestiones de conflictos de intereses y sobre el deber de su revelación, y la extensión de este; problemas que existen también en el ámbito de los tribunales estatales,¹¹⁴ pero que ve se ven acentuados notablemente en un entorno de justicia privada como es el arbitraje, y que, sin embargo, no ocultan el hecho de que la posibilidad de esta financiación es uno de los datos ponderados por algunas partes a la hora de seleccionar el lugar para un eventual arbitraje.¹¹⁵

Si bien no existe un tratamiento armonizado de esta cuestión en el plano comparado, lo cierto es que algunos Estados han tomado conciencia de esta realidad, aceptándola, aunque sin ofrecer una regulación específica de la institu-

¹⁰⁹ ICC COMMISSION REPORT, “Decisions on Costs in International Arbitration”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, No. 2, 2015, p. 17.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ MASÍA, E., “La financiación por terceros en el arbitraje internacional”, *CdT*, Vol. 8, No. 2, 2016, p. 204 y ss.

¹¹¹ Una aproximación global al fenómeno se encuentra en FERNÁNDEZ MASÍA, E., “La financiación por terceros...”, *cit.*, pp. 206-207.

¹¹² FERNÁNDEZ MASÍA, E., “La financiación por terceros...”, *cit.*, pp. 208-209.

¹¹³ Nótese, RAMESH, S., “Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation”, *Arbitration International*, Vol. 36, 2020, p. 279 y ss.; INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, April 2018, The ICCA Reports No. 4, disponible en <https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-4-icca-queen-mary-task-force-report-third-party-funding> [último acceso 14.12.2021].

¹¹⁴ *Vid.* al respecto, por ejemplo, en Inglaterra y Gales, y en relación con el lanzamiento del *Code of Conduct for Litigation Funders* en 11.2011, disponible en <https://associationoflitigation-funders.com/code-of-conduct/> [último acceso 6.12.2021]; *Lord Justice Jackson Third Party Funding or Litigation Funding Sixth Lecture in the Civil Litigation Costs Review Implementation Programme*. The Royal Courts of Justice, 23.11.2011, disponible en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf> [último acceso 6.12.2021].

¹¹⁵ Al respecto, QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International...*, *cit.*, p. 8.

ción; tal puede ser el caso de Inglaterra y Gales,¹¹⁶ donde se califica como “*an accepted and judicially sanctioned activity perceived to be in the public interest*”¹¹⁷ o Suiza.¹¹⁸ Mientras, otros países aislados sí que han legislado al respecto: Singapur o Hong Kong son paradigmáticos al respecto.

En relación con el primero de estos dos países, la *Civil Law Act (CHAPTER 43) Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017*¹¹⁹ supone la liberalización de la posición mantenida en relación con esta figura en el país. La normativa define “*qualifying Third-Party Funder*” como aquel que “*carries on the principal business, in Singapore or elsewhere, of the funding of the costs of dispute resolution proceedings to which the Third-Party Funder is not a party*” y que, además “*has a paid-up share capital of not less than \$5 million or the equivalent amount in foreign currency or not less than \$5 million or the equivalent amount in foreign currency in managed assets*”.¹²⁰ Solo estos podrán actuar como tal. Como consecuencia de ello, el abogado vinculado por la normativa profesional de Singapur –no las partes, ni aquellos que no están sometidos a dicha disciplina– queda estrictamente obligado a informar al tribunal y al resto de partes en el proceso acerca de la existencia de un contrato de financiación por terceros, así como sobre la identidad y dirección de cualquier financiador.¹²¹

En esta misma línea, Hong Kong aprobó la *Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017, Ord. No. 6 de 2017*,¹²²

¹¹⁶ Nótese HAERI, H.; C. BARÓ HUELMO y G. GASPAROTTI, “Third-Party Funding in International Arbitration”, *Global Arbitration Review*, 20.1.2021, disponible en <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-to-arbitration/3rd-edition/article/third-party-funding-in-international-arbitration#footnote-138-backlink> [último acceso 10.12.2021].

¹¹⁷ *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone* [2016] EWCA Civ. 1144, n.º. 31.

¹¹⁸ HOFFMANN-NOWOTNY, U. y L. BURRUS, “Switzerland”, *The Third Party Litigation Funding Law Review*, 22.11.2021, disponible en <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/switzerland> [último acceso 10.12.2021].

¹¹⁹ Disponible en <https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S68-2017/Published/20170224?DocDate=20170224> [último acceso 10.12.2021].

¹²⁰ Section 4(1).

¹²¹ Vid. SIM, Ch., “Third Party Funding in Asia: whose duty to disclose?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 22.5.2018, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/22/third-party-funding-asia-whose-duty-disclose/> [último acceso 4.12.2021].

¹²² Disponible en <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Mediation+Legislation+%28Third+Party+Funding%29+%28Amendment%29+Ordinance+2017%2C+Ord.+No.+6+de+2017> [último acceso 12.12.2021]. Vid. YUN, I. L. W., “Hong Kong”, *The Third Party Litigation Funding Law Review*, 22.11.2021, disponible en <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/hong-kong> [último acceso 10.12.2021].

que regula la admisión de la figura en el país; y que fue seguida por la publicación de un *Code of Practice for TPF of Arbitration*,¹²³ que debe ser analizado de forma conjunta con la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong. El art. 98G define a la figura como “*the provision of arbitration funding for an arbitration – (a) under a funding agreement; (b) to a funded party; (c) by a third party funder; and (d) in return for the third party funder receiving a financial benefit only if the arbitration is successful within the meaning of the funding agreement*”. Entendiéndose este último por el art. 98H como el acuerdo para la financiación, que viene redactado por escrito y concluido entre la parte que recibe la financiación y la financiadora; quien es definida en el art. 98J(1)(b) como alguien “*who does not have an interest recognized by law in the arbitration other than under the funding agreement*”. A diferencia de Singapur, el art. 98U de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong claramente obliga a las partes a aportar información por escrito de la existencia del acuerdo de financiación y del nombre del financiador tanto al resto de partes como a la institución arbitral.¹²⁴

También ciertas instituciones arbitrales han optado por confrontar el fenómeno, haciéndolo de manera variada. Así, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2021, en su art. 11.7, con objeto de facilitar el cumplimiento de sus obligaciones a los potenciales árbitros, obliga a cada parte, a informar “*con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje*”. Por su parte, el art. 24L del Reglamento de Arbitraje de inversiones de la SIAC¹²⁵ atribuye expresamente poder al tribunal arbitral para ordenar que se haga pública la existencia de cualquier esquema de financiación por terceros. En esta misma línea, la propuesta de reforma de las Reglas de Arbitraje del CIADI incluye una Regla 14 sobre “*Notice of Third-Party Funding*”.¹²⁶

¹²³ Disponible en http://gia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601_299064_1_15441_69372716.pdf [último acceso 12.12.2021].

¹²⁴ SIM, CH., “Third Party Funding in Asia...”, *cit.*

¹²⁵ Disponible en <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf> [último acceso 12.12.2021].

¹²⁶ ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules*, ICSID Working Paper #6, 12.11.2021, disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_WP_Six.pdf [último acceso 10.12.2021].

Junto a esta opción, también otras instituciones, no necesariamente arbitrales, han optado por incorporar referencias a este fenómeno fuera de sus Reglamentos. Así, por ejemplo, la *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* de 2014¹²⁷ aborda esta cuestión en relación con la imparcialidad e independencia del árbitro –“*General Standards Regarding Impartiality, Independence and Disclosure*”–, señalando en su Standard General 7 la obligación que acompaña a las partes, de informar al árbitro, al tribunal arbitral, a las otras partes y a la institución arbitral o cualquier otra autoridad nominadora, de cualquier relación, directa o indirecta “*between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity*”. Las *Guidelines* asumen que los “*Third-party funders and insurers in relation to the dispute may have a direct economic interest in the award, and as such may be considered to be the equivalent of the party*”,¹²⁸ de ahí la obligación de comunicar dicha información. Se trata, empero, de meras sugerencias, “*not legal provisions and do not override any applicable national law or arbitral rules chosen by the parties*”.¹²⁹

7. UN FUTURO POR ESCRIBIR...

Las pinceladas ofrecidas sobre cinco ámbitos diversos del arbitraje actual muestran la imagen de una institución en marcha, sometida a un cambio acelerado, no siempre con una clara o única dirección. Una institución cuyo futuro viene marcado por las circunstancias y debates que actualmente la rodean, pero que, ineludiblemente, va a verse –directa, e intuimos, no necesariamente de forma positiva– afectada por ciertos cambios que la superan, y afectan a la noción misma de justicia, de acceso a la justicia y de administración de justicia. La concepción de un servicio de justicia, abierto a la actividad económica y al beneficio, la búsqueda de la eficiencia a toda costa, incluso por encima mismo de la búsqueda de la justicia, o el juego amplio, imparale y avasallador, aunque todavía no suficientemente valorado en su impacto, de la inteligencia artificial, van a afectar al arbitraje, de la misma forma que lo van a hacer a los tribunales estatales. Hasta qué punto lo refuercen, o favorezcan el recurso a

¹²⁷ Adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23.10.2014, Updated, 10.8.2015, disponible en <https://iaa-network.com/wp-content/uploads/2020/03/IBAGuidelinesonConflictsOfInterest2014.pdf> [último acceso 4.12.2021].

¹²⁸ Explanation to General Standard 6, p. 14.

¹²⁹ Introduction, nº. 6, p. 3.

otras instituciones como la mediación o la negociación son cuestiones de respuesta todavía incierta, cuyas bases, eso sí, se están ya sentando hoy.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- BARONA VILAR, S., "Algoritmización de la justicia y robotización judicial", en M. Azuaje y P. Contreras (eds.), *Inteligencia artificial y derecho: desafíos y perspectivas*, tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- BARONA VILAR, S., "Artículo 40. Acción de anulación del laudo", en S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003 de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, 2ª ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.
- BARONA VILAR, S., "La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿Más o menos protagonismo?", en S. Barona Vilar (eda.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- BARONA VILAR, S., "Mutación de la justicia en el siglo XXI. Elementos para una mirada poliédrica de la tutela de la ciudadanía", en S. Barona Vilar (eda.), *Justicia poliédrica en período de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- BARONA VILAR, S., "Psicoanálisis de las ADR retos en la sociedad global del siglo XXI", *La Ley Mediación y Arbitraje*, No. 1, 2020, p. 1.
- BARONA VILAR, S., "Una justicia 'digital' y 'algorítmica' para una sociedad en estado de mudanza", en S. Barona Vilar (eda.), *Justicia Algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BLACKABY, N.; C. PARTASIDES, A. REDFERN, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª ed., OUP, Oxford, 2015.
- BORN, G. y K. BEALE, "Party Autonomy and Default Rules: Reframing the Debate Over Summary Disposition in International Arbitration", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 21, No. 2, 2010, p. 20.
- DUONG, T. B. (D), "The Evolution of Summary Procedure in Investment Arbitration: Past, Present and Future", *Arbitration International*, Vol. 37, 2021, p. 36.
- ESIS VILLARROEL, I. S., "La inteligencia artificial y el arbitraje comercial internacional: ¿complemento o sustitución?", en M. Azuaje y P. Contreras (eds.), *Inteligencia artificial y derecho: desafíos y perspectivas*, tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- ESPLUGUES MOTA, C., "Cruzando el espejo arbitral: las propuestas de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y la búsqueda del 'Triángulo Mágico'", en S. Barona

Vilar (eda.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*, tirant lo blanch, Valencia, 2020.

- ESPLUGUES MOTA, C., "¿Eficiencia v. Justicia en el plano arbitral: dilema ficticio o selección unidireccional? En torno a la figura de la desestimación temprana de la demanda", en S. Barona Vilar (eda.), *Justicia poliédrica en período de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- ESPLUGUES MOTA, C., "El arbitraje comercial en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones", en C. Esplugues Mota (ed.), *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- ESPLUGUES MOTA, C., "La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato", *REDI*, Vol. 72, No. 1, 2020, p. 54.
- ESPLUGUES MOTA, C., "Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje y el mantra de la celeridad", *Revista Argentina de Arbitraje*, No. 5, 2020, p. 1.
- ESPLUGUES MOTA, C., "Quo Vadis Arbitratio?", en S. Barona Vilar (eda.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, tirant lo blanch, Valencia, 2016.
- FERNÁNDEZ MASÍA, E., "La financiación por terceros en el arbitraje internacional", *CdT*, Vol. 8, No. 2, 2016, p. 204.
- GERBAY, R., "Due Process Paranoia", *Kluwer Arbitration Blog*, 6.6.2016, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/author/remy-gerbay/> [último acceso 10.12.2021].
- HAERI, H.; C. BARÓ HUELMO y G. GASPAROTTI, "Third-Party Funding in International Arbitration", *Global Arbitration Review*, 20.1.2021, disponible en <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/3rd-edition/article/third-party-funding-in-international-arbitration#footnote-138-backlink> [último acceso 10.12.2021].
- HOFFMANN-NOWOTNY, U. y L. BURRUS, "Switzerland", *The Third Party Litigation Funding Law Review*, 22.11.2021, disponible en <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/switzerland> [último acceso 10.12.2021].
- INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, April 2018, The ICCA Reports No. 4, disponible en <https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-4-icca-queen-mary-task-force-report-third-party-funding> [último acceso 14.12.2021].
- KIRBY, J., "Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It?", *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, No. 6, 2015, p. 693.
- KOPECKÝ, L. y V. PERNT, "A Bid for Strong Arbitrators", *Kluwer Arbitration Blog*, 15.4.2016, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/15/a-bid-for-strong-arbitrators/> [último acceso 10.12.2021].

- KOVACS, B., "Efficiency in International Arbitration: An Economic Approach", *Am. Rev. Int'l. Arb.*, Vol. 23, No. 1, 2012, p. 155.
- KÜHNER, D., "Annulment and enforcement of arbitral awards in France", en *Annulment and enforcement of arbitral awards from a comparative law perspective: contributions from CEPANI40 colloquium held on October 18, 2018*, Kluwer, Mechelen, 2018.
- KUNZ, C.A., "Waiver of Right to Challenge and International Arbitral Award is not incompatible with ECHR: *Tabbane v Switzerland*", *European International Arbitration Review*, Vol. 5, No. 1, 2016, p. 125.
- LARREA, A., "To Annul or not to Annul: The Constitutional Court of Ecuador Finally Set Clear Rules for the Annulment of an Arbitral Award", *Kluwer Arbitration Blog*, 15.2.2021, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/15/to-annul-or-not-to-annul-the-constitutional-court-of-ecuador-finally-set-clear-rules-for-the-annulment-of-an-arbitral-award/> [último acceso 1.12.2021].
- Lord Justice Jackson Third Party Funding or Litigation Funding Sixth Lecture in the Civil Litigation Costs Review Implementation Programme*. The Royal Courts of Justice, 23.11.2011, disponible en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf> [último acceso 6.12.2021].
- NOLAN-HALEY, J., "Mediation: The "New Arbitration", *Harv. Negot. L.Rev.*, Vol. 17, 2012, p. 66.
- PRIBETIC, A.I., "The "Third Option": International Commercial Mediation", *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 1, No. 4, 2007, p. 576.
- QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, 2021, disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/> [último acceso 7.12.2021].
- QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, Londres, 2015, p. 37, disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/> [último acceso 8.12.2021].
- RAMESH, S., "Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation", *Arbitration International*, Vol. 36, 2020, p. 275.
- RAVIV, A., "No More Excuses: Toward a Workable System of Dispositive Motions in International Arbitration", *Arb. Intl.*, Vol. 28, No. 3, 2012, p. 490.
- SAN ROMAN GUIJARRO, L., "Summary Disposition: The Only Way Out is through", *University of Miami Law Review*, Vol. 66, No. 3, 2012, p. 884.
- SEIDENBERG, S., "International Arbitration Loses Its Grip", *ABA Journal*, 1.4.2010, disponible en https://www.abajournal.com/magazine/article/international_arbitration_loses_its_grip/ [último acceso 11.12.2021].

- SIM, Ch., "Third Party Funding in Asia: whose duty to disclose?", *Kluwer Arbitration Blog*, 22.5.2018, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/22/third-party-funding-asia-whose-duty-disclose/> [último acceso 4.12.2021].
- SMYTH, R., "Do Judges Behave as Homo Economicus, and If So, Can We Measure Their Performance? An Antipodean Perspective on Tournament of Judges", *Florida State UL Rev.*, Vol. 32, 2004-2005, p. 1301.
- STIPANOWICH, Th. J., "Arbitration: The 'New Litigation'", *University of Illinois Law Review*, No. 1, 2010, p. 1.
- SUSSMAN, E., "The New York Convention through a Mediation Prism", *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 15, No. 4, 2009, p. 10.
- TEO, B. y E. LIM, "Summary Dismissal in Arbitration: Different Standards in Different Rules?", *Drew & Napier Arbitration Update*, 15.7.2019, disponible en <https://www.drewnapier.com/publications/Summary-dismissal-in-arbitration-Different-standar>
- TETLEY, A., "Judicial Control of Arbitral Awards in the United Kingdom", en L. A. Di Matteo; M. Infantino y N.M-P. Potin (eds.), *The Cambridge Handbook of Judicial Control of Arbitral Awards*, CUP, Cambridge, 2020.
- WERNER, J., "The Arbitrator as Master of Time", *J. World Inv. & Trade*, vol. 12, No. 2, 2011, p. 299.
- WONG, T. y Y. ZHAO, "Virtual Hearings: HKIAC Releases Guidelines to Encourage Embracing the New Normal", disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=af6f7d6a-bbf2-4d78-bf16-a6a33c2f6934> [último acceso 11.12.2021].
- YUN, I. L.W., "Hong Kong", *The Third Party Litigation Funding Law Review*, 22.11.2021, disponible en <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/hong-kong> [último acceso 10.12.2021].

Recibido: 11/1/2022
Aprobado: 22/2/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

